

学校编码: 10384

学号: 13620081150661

分类号_____密级 _____

UDC _____

论先行行为引起的作为义务

邓文

指导教师
李兰英教授

厦门大学

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论先行行为引起的作为义务

The discussion of act duty from prior act

邓文

指导教师姓名： 李 兰 英 教 授

专 业 名 称： 刑 法 学

论文提交日期： 2011 年 4 月

论文答辩时间： 2011 年 月

学位授予日期： 2011 年 月

答辩委员会主席： _____

评 阅 人： _____

2011 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

本文的理论意义在于通过对富有争议的先行行为的作为义务来源的探讨，明确先行行为作为义务来源的理论根据，突破传统理论在探究先行行为作为来源时模棱两可的局面，跨越道德义务与法律义务的界限，在有借鉴吸收以往理论的基础上，寻找到先行行为作为义务的真正源头。

文章的基本内容如下：

本文第一章介绍了义务的概念、作为义务的特征和作为义务的地位问题，突破传统犯罪理论的体系限制，将以价值判断为主导的作为义务放在违法性中讨论，使得违法性判断具有入罪和出罪的双向功能；同时介绍了先行行为的概念、特征和范围，使先行行为在最狭义的范围内存在，具有可操作性并且避免和其他法条规定发生竞合；第二章主要介绍了由先行行为引起的作为义务的理论根据，学者们从最初的形式法感情的理解，发展到从社会关系、依赖关系、最高福祉、功能说等多角度的实质义务的探讨，转而再回归到人们生存和发展的基础——法益的转变，展现了学者们在漫长的探索由先行行为引起的作为义务来源过程中的智慧的光芒和理论探索的艰辛；第三章分析了罪刑法定主义的发展和法治国进化的相得益彰，传统理论对禁止类推原则的误解和明确性原则的相对明确性，以此表明由先行行为引起的作为义务和罪刑法定主义的协调性。说明了法律是人类社会生存和发展的手段，社会的和谐发展和人民生命财产的安全是目的，理论不应是僵化和机械的，是随着时代的发展而进步的；第四章介绍了国内外法律的立法规定和现状分析以及立法谏言，指出由先行行为引起的不作为犯罪的规定是时代发展的需要和必然。我国法律实践中关于由先行行为引起的作为义务的因果关系判定、等价性等问题的适用。

关键词：作为义务；法益；违法性

Abstract

Theoretical significance of this thesis lays, based on assimilating previous theories, on finding out the true source of prior act taken as act duty after exploring the controversial issue and clearing the rationale that act duty arouses from prior act ,beyond the boundaries of the moral and legal obligations, and makes a breakthrough at the ambiguous formulation when traditional theories study on it.

The basic content of the thesis is as follows:

Chapter One gives an introduction of the concept of duty, features of act duty and the position of act duty. It makes a breakthrough on systematic restrictions of traditional criminal theories; put act duty, which is directed by value judgments, into illegality to discuss, which makes illegality judgments possess bidirectional functions of crime and punishment. What's more, it introduces the concept of prior act, the features and scope of prior act, which set prior act into a narrow sense of scope and make it operable and avoid competitions with other laws or regulations.

Chapter Two mainly introduces theoretical foundation on act duty arising from prior act. Scholars have done researches from different aspects. At the very beginning, it is the comprehensions on form emotion, and then, discussion on essence duty from several points of view, such as social relationship, dependence relationship, maximum happiness and benefit, functional theory and so on. And later, the scholars return to the basis for people to survival and develop—the transformation of legal interest. It shows that the glory of scholars' wisdom and hardness of exploration during the long way of searching prior act as the source of act duty.

Chapter Three analyzes that the development of legally prescribed punishment for crimes and the evolution of legal states bring out the best in

each other, and it also analyzes the traditional theories' misunderstanding to offense analogy and the relative clarity of clarity principle, which shows the harmony between act duty arising from prior act and the legal identification of crimes. It illuminates laws is a tool for human society to survive and develop and its aim is to keep the accord development in society and protect the safety of people's life and property. Theories should not be rigid or mechanized but developing with the improvement of time.

Chapter Four introduces legislations and expostulation and analyzes the present situation before points out that it is necessary and the calling of the age's development to prescribe that prior act arouses criminal omission. It is applicative in legal practice in China to judge the cause-and-effect relationship and equivalence about act duty arising from prior act.

Key words: act duty; legal interest; illegality

厦门大学博硕

目 录

引 言	1
第一章 聚焦先行行为引起的作为义务的理论	3
第一节 作为义务之概说	3
一、义务的概念	3
二、不纯正不作为犯罪中的作为义务的特征	4
三、作为义务的性质	5
四、作为义务在犯罪论中的地位	6
第二节 作为义务来源之先行行为	9
一、先行行为的概念	9
二、先行行为引起的危险的特征	10
三、先行行为引起作为义务的可能组合形态	12
四、先行行为的范围限定	16
第二章 先行行为成为作为义务来源的理论根据	20
第一节 先行行为从形式义务向实质义务的转化	20
一、先行行为作为形式义务而产生	20
二、先行行为向实质作为义务的迈进	21
第二节 作为义务来源之本质	26
一、法益侵害说之提倡	26
二、法律的功能和目的的要求	27
第三章 罪刑法定主义下的先行行为引起的作为义务分析	29
第一节 先行行为引起的不作为犯罪的规范构成	29
一、禁止规范违反说	29
二、命令规范违反说	29

三、双重违反说.....	30
第二节 不真正不作为犯构成要件的开放性	31
一、开放的构成要件理论概说.....	31
二、解开罪刑法定主义对不真正不作为犯罪构成的枷锁.....	33
第四章 先行行为引起的作为义务的法律适用	39
第一节 中外对于先行行为引起不作为犯罪的立法规定	39
一、域外的立法规定.....	39
二、中国的立法规定.....	40
第二节 先行行为引起的作为义务在我国的司法适用	41
一、先行行为引起不作为犯罪的因果关系.....	43
二、先行行为引起的作为义务的“等价性”问题.....	48
三、作为可能性的独立性.....	51
重庆积水案的定性思考	53
参考文献	55

Contents

Preface.....	1
Chapter one Focus on the duty theory arising from prior act	3
Subchapter one A general introduction of act duty.....	3
Section one The concept of duty.....	3
Section two Features of act duty in none-standard omission offense.....	4
Section three Properties of act duty	5
Section four The position of act duty in theory of crimes	6
Subchapter Two Prior act as the source of act duty	9
Section One The concept of prior act	9
Section Two Features of dangers arising from prior act.....	10
Section Three Presumable combinations of act duty arising from prior act...	12
Section Four Range restriction of prior act.....	16
Chapter Two Theoretical basis of taking prior act as the source of	
act duty.....	20
Subchapter One Transform of prior act from formal duty to virtual duty	20
Section One Prior act bought from act duty.....	20
Section Two Forward development of prior act to virtual act duty	21
Subchapter Two Essence of act duty's source.....	26
Section one The promotion of legal interest infringement	26
Section two The requirement of legal function and purpose	27
Chapter Three Analysis on act duty arising from prior act under	
the legally prescribed punishment for crimes	29
Subchapter One Normative elements of omission offense arising from prior act	29

Section One	Offence against prohibitive norm.....	29
Section Two	Offence against commanding norm.....	29
Section Three	Offence against the double	30
Subchapter Two	Openness about composing essentials of unreal criminal omission.....	31
Section One	An introduction of open composing essentials theory	31
Section Two	Unlocking unreal criminal omission from legally prescribed punishment for crimes.....	33
Chapter Four	The application of law about act duty arising from prior act.....	39
Subchapter One	Legislations on omission offense arising from prior act in China and foreign countries	39
Section One	Legislations in foreign countries	39
Section Two	Legislations in China	40
Subchapter Two	The application of law about act duty arising from prior act in China	41
Section One	The cause-and-effect relationship between prior act and omission offense.....	43
Section Two	The relationship between equivalence and act duty arising from prior act	48
Section Three	The relationship between act probability and act duty	51
	The qualitative thinking of Chongqing water.....	53
	Bibliography.....	55

引言

刑法中的行为分为作为和不作为，不作为又分为真正的不作为和不真正不作为。真正不作为犯是有法律明文规定的犯罪，而不真正不作为犯罪是指通常由法律规定的由作为的形式完成的犯罪却由无法律规定的不作为来完成。由于无法律的明确规定，但是在司法实践中却总是频繁发生，因此该问题一直以来都是学者们讨论的热点和难点。而其中由先行行为引起的作为义务由于本身界定的模糊性和作为义务的原始道德属性更是学者们讨论的主战场。大陆法系是以等值性为核心研究不真正不作为犯，我国多数学者则以不真正不作为犯的作为义务作为重点进行研究。但无论是等值性还是作为义务都是为了说明处罚不真正不作为犯罪的必要性和必然性，而处罚的根源则在于行为人对被害人法益的侵害。这是研究不真正不作为犯的中心点和归宿点。

由于由先行行为引起的作为义务没有法律的明确规定，学者们对于此问题的研究呈现百花齐放的态势，对先行行为的范围和作为义务的来源等问题均有各自的看法和主张。笔者斗胆也想在这扑朔迷离又充满魅力的不真正不作为犯的理论中一窥究竟，希望可以解开其中的奥秘，从而使得法官们面对现实生活中发生的类似案件不至由于法律没有明文规定轻纵或加重了对犯罪嫌疑人的处罚。

作为本文切入视角的重庆积水案件基本案情：2009年8月5日清晨5点40左右，一辆车牌号为渝B.T2815的出租车，行驶至龙头寺火车站宝华大道进站下穿道时，在受害者劝说无效的情况下，强行开了进去直接冲进了积水中，车子很快被积水淹没，司机打开驾驶室的车门，自己跳进水里准备游出去，受害人把自己两岁的儿子递到司机座上，希望司机可以把她的儿子带出去，可是该司机还是自顾自的从积水中游了出去。据当时在道口的协勤称出租车被淹没的只剩车顶时，他急忙报警，回过头发现，出租车司机已经不知所踪。该案件导致2名受害者死亡，其中包括一名2岁的

儿童。本案出租车司机以交通肇事罪被起诉。

该案件出租车司机的行为可以分为两个阶段：第一个阶段是不顾乘客劝阻，强行冲水中，致使车子被淹的先行行为；第二个阶段是司机不顾乘客的请求，自顾自从积水中游了出来，致使两名被害人死亡的不作为。问题是，本案中出租车司机两个阶段的行为哪个阶段才应是刑法评价的行为阶段，他有没有救助被害人的义务？他的救助义务来源是什么？他的作为义务是犯罪构成该当性要素亦或是违法性判断？他的不作为和被害人的死亡之间是否构成因果关系？先行行为引起的作为义务如何同作为犯等价？他的主观罪过是故意还是过失？

面对现实中危险源的增多，为了能够合理的在人与人之间分配权利、义务、责任，并贯彻“罪责自负”的法精神，有必要把人们心中涌动着的蕴含着法律义务的道德义务——以先行行为为基础而形成的保证人地位纳入刑法的规制范围内，以防止实践中发生类似的案件时，被告人和受害人之间互相推卸责任，避免行为人由于没有法律的明确规定而逃脱法律的制裁，合法合理的维护受害人的正当权益。

第一章 聚焦先行行为引起的作为义务的理论

第一节 作为义务之概说

一、义务的概念

作为义务是指行为人对他人具有法律或道德上的服务于他人或实现他人权利的行为。“义务”一词最早是在社会道德层面上用来规范人们的社会生活，“义务概念最初是一个道德上的特定概念，并表明道德规范与规范为之订立或禁止一定行为的那个人的关系。……在道德领域中，义务的概念和‘应当’的概念是一致的，成为某人道德义务的行为只不过是依据道德规范所应当遵守的行为而已。”^①只是到了近现代由于法制建设的需要，人民自由权利的保障，一部分义务从道德上升为了法律。义务分为作为义务和不作为义务。在刑法中，不作为义务占据法律规范的主导地位，如禁止杀人、放火、抢劫、强奸等等作为犯罪行为。法律规定这些犯罪的目的在于禁止任何人通过非法手段侵犯他人的正常权益，法律希望人们能够按照法律的规定履行不作为的义务。

作为义务在刑法中的规定相比不作为义务是较少的，因为限制人们的行为是容易的，但是让人们按照某种方式行事是困难的，操作性也是比较低的。但同时作为义务的存在又是必不可少的，是社会发​​展有机联系的重要枢纽，但只可存在于人们日常生活力所能及的范围内和国家存在发展所必不可少的领域内。按照张恒山学者的见解，他认为“义务是社会成员们为了防止侵害、而通过表现着自己的预约性意见的行为规则、向实践中的行为主体提出的、以预设的条件得到实现为前提的、关于做或不做某种行为的要求，当我们说某人负有某项义务时，意思是说，该主体处于被社会群体要求（做或不做某行为）的状态中。”^②在刑法理论中，学者们又把作为义务分为两种：一种是纯正不作为；一种是不纯正不作为。纯正不作为

^① [奥]凯尔森.法与国家的一般理论[M]. 沈宗灵译,北京:中国大百科全书出版社,1996.65-67.

^② 张恒山.法理要论[M].北京:北京大学出版社,2000.318-329.

在刑法中有明文规定，在这里笔者要探讨的是不纯正不作为。下面笔者将分析不纯正不作为犯罪中作为义务的特征和性质。

二、不纯正不作为犯罪中的作为义务的特征

（一）特定性

不纯正不作为犯罪的作为义务的主体和被害法益之间以某种方式存在着联系，其他人无法代替行为人完成这种作为义务。如职业或业务上的要求，例如一个警察在巡逻的过程中，看到一群人正在殴打一个青年，但是警察没有上前制止，而是站在旁边观看直到该青年被打死。警察作为国家暴力机关的代表，负有保卫国家和人民的义务，但在该案例中警察没有履行该义务而是袖手旁观，警察对于青年的死亡负有不可推卸的责任。因为警察的身份特殊性，他和青年之间形成了一种特定的权利和义务的关系；再如先行行为，行为人由于自己的行为导致了法益的侵害，行为人此时和被害人之间形成了特殊的权利义务关系，行为人而不是其他无关人员应当承担救助被害人的义务。

（二）补偿性

不纯正不作为犯的作为义务是一种结果防止的义务，行为人由于某种行为造成了被害人法益的侵害，作为义务人应当采取积极的行为防止法益损害结果的发生。不纯正不作为犯罪的作为义务和纯正不作为犯罪的作为义务不同的是，不纯正不作为犯罪中的作为义务人由于他人或自己的行为无意造成了被害人的利益损害，基于刑法的谦抑性和刑事政策的要求，作为义务人通过履行作为义务弥补了先前行为对被害人造成的损失，刑法则不追究其刑事责任；反之则应追究。纯正不作为犯罪的作为义务由于法律的明文规定，不作为义务人一旦实施了不作为行为，不论结果发生与否，都要承担刑事责任。显然后者比前者的刑事责任更为严格。

（三）隐含性

不作为义务通常是以法律明文规定的形式公示于众的，人们对于这些法条的规定的理解不会有很大的偏差。例如禁止“杀人”“抢劫”“放火”

“爆炸”等法律明文规定了禁止行为人所使用的行为，正常人对于这些行为能够正常有效的理解。但作为义务的案例往往千变万化，立法者只能根据这些案例的不作为形态进行总结归纳，而很难一一进行说明。因此作为义务的判断就暗含了规范评价性，人们在行为的过程中需要对作为义务作出判断，但这种判断并非难以作出，正常人在正常的伦理生活中可以正确判断出是否负有作为义务。法律事无巨细的规定是不可能完成的，人们的生活并不是只受法律的规范，在作为义务问题上，需要人们结合法律和最低限度道德的要求履行自己的作为义务。

三、作为义务的性质

虽然作为义务的前提是侵害了刑法的法益，但作为义务是否一定是法律义务呢？道德义务能否成为犯罪构成的要件？众所周知，法律和道德的区分是近年来的事情，在古希腊时期法律与道德是合为一体的，对于道德的违反必将受到法律的处罚。随着社会和法治的进步与发展，以及人类对于文明秩序的需求，道德和法律出现了分层，人们的行为应当受到法律的约束而非纯粹的道德约束。但是不可否认的是，法律的发展是人类几千年的文明沉淀，法律是由最初的部落条约、习惯法和道德规则衍生出来的。法律规则的背后包含着社会的道德伦理和安定和谐的要求。法律无法脱离道德而单独存在。日本学者小野清一郎就认为：“在刑法中，国家、社会、个人的重要生活利益被当作‘法益’来保护。虽然如此，刑法并不是一种单纯的利益保护体系。它有保护法益的目的，然而是在伦理的立场上去保护法益的。它所考虑的，不是单纯的侵害法益的行为或有害于社会的行为，而是伦理性的非法行为的问题。”^①他认为道德伦理性是刑法保护法益的前提和基础，国家所应考虑的是综合了道德的法律规范性，而非不包含道德的法益侵害。德国哲学人类学家兰德曼指出：“人类的行为是由人们已获得的文化所控制的。人如何养育和繁衍，如何穿着和居住，在实际上和伦理上如何行动，如何说话和看世界，他所利用的一切文化形式，都以历史上的创造为基础。既然它们是在历史上被创造出来的，就不能通过遗

^① [日]小野清一郎.犯罪构成要件理论[M].王泰译,北京:中国人民公安大学出版社 2004.83-84.

传来传递，然而它们却必须流传下去；前辈们所发现的东西，必须有益于后代。那么，它们就必须用另一种纯精神的保存形式，而不是由遗传来传递，这另一种保存形式，被叫做传统。技巧和知识通过传统，像火灾前线的水桶一样，被一代一代地传下去，并按他们前辈的榜样和教诲，传递给后代。”^①“道德与法律的区别主要是存在和作用方式不同，而不是内在逻辑和调节对象的不同……从内在逻辑上看，道德规范是法律规范的心理基础和正当性源泉，而法律规范是道德规范的清晰化和文本化……”^②

先行行为原本属于道德义务，在社会各界学者和仁人志士的学理见解和立法敦促下，先行行为应当法律化，体现法律与道德的融合，也是广大人民群众利益合法化的体现。因此法律义务只是由其他社会道德义务上升为法律义务的体现，而不是一个没有任何社会根基和道德伦理基础的形式义务。然而在高速发展的后工业化时代，社会分工的密集化和科技水平的提高无形中加深了人们承担的义务程度和形式。“法律是最低限度的道德”这句话在现代社会也受到了质疑。

笔者认为，这是人们对道德义务误解的原因。首先，道德义务并非杂乱无章，随意无原则。它们都是人类在千百年的生活中总结出来的生活规律和生活准则。这里的道德义务应同封建伦理和迷信道德相区别，仅指社会生活所赋予人类相互扶助、和谐生活的义务；其次，道德义务也并非都是高于正常人力所能及的范围。也许大多数人无法做到向赖宁同志那样的舍生取义，为了公共财产勇于牺牲自己的生命，但我们每个人都可以做到扶助身边受伤的朋友，甚至是由于自己的先行行为引起的他人利益的伤害。更为通俗地说，法律义务是立法者把一些基本的道德义务转化为法律的表现，但生活的事实不以立法者的立法为转移。在刑法学者和普通民众所期许的先行行为面前，法律的天平应倾向于社会的公平和正义，而不是僵硬的法律的要求。

四、作为义务在犯罪论中的地位

作为义务在我国犯罪构成理论和在德日三阶段犯罪构成理论中的地位

^① [德]兰德曼. 哲学人类学[M]. 阎嘉译, 贵州: 贵州人民出版社, 2006. 257.

^② 魏宏. 法律的社会学分析[M]. 山东: 山东大学出版社, 2003. 333.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕